

# 裁判離婚における破綻主義について

今 中 武 夫

## I 序

わが民法は、770条1項5号に「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」と規定している。これは、裁判離婚における破綻主義 (principle of breakdown of marriage) を認めていることを示しているのである。しかし、このことは、この5号にのみ破綻主義が求められるのではなくして、同条1項1号から4号までを含めて、わが裁判離婚における破綻主義を確立したのである。このことについては、異論は存しない。その1号から4号までの具体的離婚原因というものは、それらに対して抽象的離婚原因をなしているこの5号の例示的規定をなしているからである。試みに、破綻主義の立場を明らかにする判例をあげてみるに、たとえば昭和35年4月2日(昭和32年(タ)1号および同33年(タ)1号)の長野地方裁判所の判決がある。それは、配偶当事者双方に離婚意思の存する場合の離婚請求であって、有責配偶者からの離婚請求を認めた一例である。その事實は、つぎのごとくである。原告夫Xと被告妻Yは、昭和28年に婚姻し、Xの両親ならびに弟妹との同居生活のため、XY間には和合がみられない。昭和29年頃から、XY間のみではなく、Xの家族とYとの間においても、一家団欒の機会に乏しく、もとよりそこにはXY双方における和合への努力も足りなかったといえるのである。ある機会に、Xの乱暴によりYは打撲傷を負わされ、XY間の別居生活となる。昭和31年に、XはYに離婚を申入れたが拒絶された。調停も不調に終わった。同年9月、XはX方に残されていたYの荷物を、Yおよびその家族の承諾なくして、Yの家へ運び込んだ。そして、昭和32年

4月には、訴外の女ZとXは事実上の婚姻関係に入り、ZはXの家にて同棲し、一子をもうけるにいたったのである。したがって、Xは同年8月にYとの離婚の本訴に、またYも昭和33年5月にXとの離婚ならびに慰料請求の反訴を提起して、双方に離婚意思の存することを表明したのである。これに対して、長野地方裁判所は「原告は、昭和32年8月26日本訴を提起し被告もまた昭和33年5月19日反訴を提起して、それぞれ離婚の意思を公然と表明するに至った。このことと、原被告各本人尋問の結果並びに弁論の全趣旨に徴すれば、原告はもとより被告もまた、現在かたく離婚の意思を有すること、及び本件訴訟において目指すところは、離婚に際しての財産の処理、換言すればいわゆる離婚給付の解決に存することが明らかであって、前出の事実関係とあわせ考えれば、原被告間の結婚そのものは、すでに回復不可能なまでに破壊されていること、換言すれば、客観的にも完全に破綻しているといわなければならない。従って、もはやこの結婚を継続し難いことは明白であるから、民法第770条第1項第5号に基く原被告相互の離婚請求は、ともに理由ありとなすべきである。けだし、かように、原告および被告が、それぞれ本訴及反訴において離婚の請求をなし、客観的にもその結果が破綻していると認定される場合は、恰も離婚の合意に客観的保証の存するが如きものであって、もはやそのこと自体を以て離婚を認めるのが相当であり、すすんで離婚原因の仔細な探求、就中、どちらに主たる責任があるかなど具体的な究明(その結果一方の離婚請求を認め、他方のそれを認めないなどの如き)は、凡そ無意味であるからである。よって、原告の本訴離婚の請求及び被告の

反訴請求は、ともに認容すべきものとする<sup>(3)</sup>」と判示している。

この判決にみられる破綻主義とは、どのようなものか。破綻主義というものは、その史的過程をたどってみるに、ヨーロッパにおいて厳然として採られていたカトリック教における婚姻非解消主義に、その起源をもつものである。婚姻非解消主義も、19世紀においては、離婚原因を法定して離婚を認めるという法定離婚原因主義が支配的となった。法定離婚原因主義においては、配偶当事者の一方において非難せられるべき婚姻義務違反のある場合、他方に離婚を認めるという有責主義の立場に立つ絶対的離婚原因主義となる。このことは、制裁離婚である。しかし、現世紀においては、離婚は制裁ではなく、また婚姻破綻にしても配偶当事者の過失によってのみ生起するものではなく、その原因の有責性・無責性にかかわらず、少なくともそこに婚姻破綻の完全な客観的な事実の存するときにおいては、これを離婚原因として採りあげるべきであるとする、いわば目的主義とか無責主義の立場に立つところの救済離婚へと移行したのである。そして、婚姻を破綻せしめる事実をすべて採りあげ、離婚原因として列挙することは、はなはだ困難であるから、重要な離婚原因を列挙するとともに、抽象的な一般的な離婚原因を提示しようとする、いわば相対的離婚原因主義として出現するにいたったのである。それは、まず1896年の旧ドイツ民法1568条において「一方配偶者の婚姻上重大な義務違反、又は破廉恥不道徳な行為によって、他方配偶者に強いて婚姻の継続を求められない程度の婚姻破綻が生じた場合には、他方配偶者に離婚の請求を許す」として出現した。そこには、いまだ有責主義を脱しないとしても、相対的離婚原因主義の芽生えるものを、求めることができるのである。しかし、この場合においては、婚姻継続の期待可能性という主観的標準を定めているものといえるのである。そして、1907年のスイス民法142条1項には「夫婦間に、婚姻共同生活の継続を期待しえない程度に、婚姻関係の深刻な破綻を生じたときは、夫婦はいずれも離婚の訴を提起

することができる」とある。そして、同条2項には「この深刻な破綻が、主として夫婦の一方の責に帰すべきときは、他方のみ離婚の訴を提起することができる」とあって、ここに明らかに目的主義すなわち破綻主義に基く相対的離婚原因主義が、提示されているのである。しかし、この2項において有責配偶者はみずから離婚請求をなしえないとしているところに、いまだスイス法は破綻主義に徹していない、と結論されなければならない。もっとも、1946年の西ドイツ婚姻法48条1項に「配偶者間の家族的共同生活が三年以上廃止され、且つ婚姻関係の深刻な不治的破綻によって、婚姻の本質に適合する共同生活関係の回復を期待できないときは、各配偶者は離婚を請求することができる」とある。この場合には、婚姻破綻復元の不可能性という客観的標準を定めたものである、といえるのである。そして、同条2項に「離婚を請求する配偶者が、全く又は主としてこの破綻に責を負うときは、他方は離婚に対し異議をのべることができる。この異議は、婚姻の本質及び配偶者双方の全行為を正当に評価する場合、婚姻の維持が倫理的に正当とされないときは、これを斟酌しない」とある。しかし、ここにはいまだ有責主義が払拭されていない。西ドイツにおいては、1957年6月17日の「男女同権法」(Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts)により、多少の変更をうけたが、大体において1946年の婚姻法が適用されている。さらに、他方東ドイツにおいては、1955年11月24日の「婚姻締結および婚姻解消に関する命令」(VO. über Eheschliessung und Eheauflösung)によって、離婚法が新たに規定され、そこには有責主義は存しなくなっている。それは、東ドイツ離婚法が破綻主義の立場に立っているからといえる。しかし、1944年のソ連離婚制度においては、離婚原因に完全な破綻主義が採<sup>(5)</sup>りあげられているのである。

破綻主義は、いわば絶対的離婚原因の相対化<sup>(6)</sup>であるといえるが、またそれは離婚自由の拡大化であるようにも考えられる。しかし、婚姻破

綻の認められないかぎり、離婚は許されないものである。したがって、破綻主義は決して離婚自由につながるものであるとはいえない。<sup>(7)</sup>わが民法が、裁判離婚において破綻主義の立場に立っているのは、スイス法と大体において同じ趣旨<sup>(8)</sup>である。私には、破綻主義というものは、裁判離婚を通して婚姻破綻から配偶当事者を救済し、幸福追求への新たな方途を開くものである、と考えるのである。破綻主義なるものも、それが具体化ということになると、民法770条2項における裁判官の自由裁量に俟つべきものであるかぎり、ここに裁判官の判断の適正化ということが望まれることになる。何となれば、この2項に1項なるものの死活がかかっているからである。すなわち、『裁判所は、前項第1号乃至第4号の事由があるときでも、一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは、離婚の請求を棄却することができる』とあるからである。さらに、この2項によって配偶当事者の一方の離婚権の濫用を防止すべきものであるからである。

私が、ここに問題とするところのものは、離婚請求において破綻主義は如何なる立場に立つべきかということである。この小論は、有責配偶者の離婚請求に限定して、判例並びに学者の見解に関し、私見を明らかにするものである。

- (1) 我妻栄東大名誉教授は「1項5号の『婚姻を継続し難い重大な事由』は、それに先行する1号ないし4号に比すべき事由——いいかえれば、1号ないし4号の事実を、原則として婚姻を継続し難い事由とみている立法の趣旨から、そこに現行法の予定する『破綻』を理解して判断される事由——と解すべきである。この意味で、1号ないし4号を例示といっ

り、法文の意味は、不貞、遺棄その他婚姻を継続し難い事由あるときということになる」といっておられる(中川善之助「親族法〈上巻〉」306頁)。これらの1号から4号までを5号の例示的規定である、と高橋忠次郎教授も解しておられるのである(高橋忠次郎「目的主義と有責主義」家族法大系Ⅲ離婚123頁)。なお、昭和22年6月の民法改正要綱案(第7次案)が、国会において審議されたとき、奥野政府委員は「今度は列举主義をやめまして、例示的に1号から4号まで掲げてありますが、それは結婚を継続しがたい重大な原因の場合である一つの例であるということで掲げておるのであります」といっておられる言葉によっても明らかである(最高裁判所家庭局編「民法改正に関する国会関係資料」〈昭和28年〉143頁)。

- (2) 判例時報226号39頁。  
(3) 太田武男「家族法研究」119—120頁。  
(4) 中川前掲書258頁。  
(5) ソ連においては、裁判離婚の原因となる事項は、政令を始め法典や訓令その他において、全然法定されていない。したがって、離婚判決を下すには、その基準となるものが、具体的な事件における裁判所の自由裁量に一任されているのである。その趣旨とせられるところは、ソヴェト家族および婚姻の強化にある(福島正夫「ソ連の婚姻法」新比較婚姻法IV 1306頁参照)。  
(6) W. Müller-Freinfels, Ehe und Recht, S. 141 ff.  
(7) H. Dölle, Familienrecht, S. 485.  
(8) わが民法が破綻主義を採りあげるにいたった経緯については、太田武男「破綻主義」家族問題と家族法Ⅲ離婚226—237頁参照。高橋前掲論文111—120頁参照。中川淳「わが離婚法の系譜と破綻主義」民事法学辞典下巻1646頁参照。また、拙稿「わが民法における相対的離婚原因について」滋賀大学学芸学部紀要8号79—81頁参照。

## Ⅱ 婚姻破綻の意義

破綻主義における婚姻破綻とは、如何なることか。この問題が解明されなければ、わが民法において採りあげられている裁判離婚における破綻主義なるものが、明らかにならないのである。

婚姻の本質については、民法752条に「夫婦は同居し、互に協力し扶助しなければならない」という規定が、これを明確に提示しているもの、と私は解している。すなわち、婚姻とは配偶当

事者の同居・協力・扶助ということである。いうまでもなく、配偶当事者とは、一夫一婦制によって規定されなければならない。<sup>(1)</sup>日本国憲法24条1項には「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により維持されなければならない」、そして同条2項には「配偶者の選択、財産権、相続、住居の選定、離婚並びに婚姻及び家族に関するその他の事項に関しては、法律は、個人の尊厳と両性の本質的平等に立脚して、制定されなければならない」とある。そして、私には市民的法原理でありまた市民の倫理原理であると解せられる、この「個人の尊厳と両性の本質的平等」ということは、いい換えると婚姻共同生活における婚姻倫理であるといえるのである。したがって、婚姻共同生活なるものは、この婚姻倫理によって先行されるべきものである、と私には考えられるのである。そして、この婚姻共同生活が、配偶当事者の同居・協力・扶助の義務を履行することによって、営まれるべきものであるとしても、その基底的・根源的なものは、もとより当事者の協力義務に存する。<sup>(2)</sup>協力義務の履行ということとは、私には、つぎのように解されるのである。当事者の協力とは、彼等の愛情に基づく真実である。こうした真実なるものは、彼等の婚姻共同生活において、その精神的・肉体的・経済的の機能——すなわち、彼等の全人格的機能を通して具体的に顕現されるものである。<sup>(3)</sup>これを要するに、婚姻とは配偶当事者の愛情を基底として成立するものである。当事者の協力義務の不履行は、同居義務および扶助義務の不履行となり、すなわち「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」として、そこに婚姻破綻が顕現することになる。そして、婚姻破綻ということは、いうまでもなくその発生の時点における婚姻継続の不可能性という事実の存在であり、また婚姻復元の可能性の絶無ということではなければならない。婚姻破綻として採りあげられるには、個々の離婚請求に対し裁判官の適正をえた自由裁量に委ねるところであるとしても、個々の判例について検討され、その限界なるものが決定されるべきも

のである、といわなければならない。婚姻破綻の限界を決定するに際して、中川学長は「即ち婚姻の継続を不能にした事実は、必ずしも一方の有責行為によるものであることを要しないのは固より、継続不能も当該配偶者または相手方配偶者の主観的不能だけによって決定さるべきものではなく、主観的不能をも計算に入れた上での客観的不能の存否が問題とされなければならないということである。例えば一方の虐待侮辱が他方をして婚姻継続の意欲を失わせたというには、その虐待侮辱の程度方法が誰しも忍びえないようなものでなければならぬのが原則である」といっておられる。<sup>(4)</sup>もとより、これに対して賛意を表するところである。

婚姻破綻とは、究極するに配偶当事者の愛情喪失ということに帰結される。婚姻破綻という事実をかもし出すには、配偶当事者の一方の過失にのみよるものとは考えられない。それには、当事者の不可抗力によることもありうる。また、破綻の事実についても、それは(1)経済的破綻であり、(2)肉体的破綻であり、(3)精神的破綻であり、(4)第三者の妨害による破綻でもある。これらのうちで、妻子に生活費を支給しないとか浪費することによって、遺棄したというような経済的破綻というものが、その多くの事例であるといえる。(1)経済的破綻の事例としては、昭和24年2月9日(昭和23年(タ)88号)<sup>(5)</sup>の東京地方裁判所の判決がある。その事実は、つぎのごとくである。被告夫Yは10有余年の間の浮浪生活を送り、原告妻XはYより何ら精神的・物質的の援助をうけることなく、空しくYの帰来を待ちながら、その子女の養育・監護にあたってきたのである。こうした正当な理由によらない協力・扶助の義務違反が、婚姻破綻を招来したものとして、Xの離婚請求が認められたのである。(2)肉体的破綻としては、配偶当事者の性交不能、相手方に対し健康に支障をきたす程度の性交の要求、理由のない性交の拒否、不当避妊、性病の感染などがあげられる。肉体的破綻の事例としては、昭和37年2月6日(昭和34年(オ)888号)<sup>(6)</sup>の最高裁判所の判決がある。それは、性交不能を770条1項5号に該当

するものとして下級審において原告妻Xが勝訴したことに対し、それを不服として被告夫Yが上告したものである。最高裁判所は、これに対して原審の判決を支持し上告を棄却したのである。性交不能は、治療に努力しても回復不能ということが判明した場合においては、離婚が認められることを判示している。(3)精神的破綻としては、もとより配偶当事者の一方の不貞ということがあげられるが、虐待・侮辱・憎悪・継続的な喧嘩・敵対処為によっても生ずることがある。また、当事者の愛情の欠如とか性格不一致などが、これに含まれる。村崎満判事は、このなかに狂信ということをも含めておられる<sup>(7)</sup>が、もとより賛意を表すところである。当事者の一方の性格の粗暴・短気および酒乱による暴行に起因する精神的破綻の事例として、昭和27年8月20日(昭和27年(タ)2号)の長野地方裁判所諏訪支部の判決がある<sup>(8)</sup>。なお、当事者の他方への重大な侮辱による婚姻破綻に対し、離婚が認められた精神的破綻の事例としては、昭和27年11月7日(昭和27年(タ)8号)の釧路地方裁判所帯広支部の判決がある<sup>(9)</sup>。その事実は、つぎのごとくである。被告夫Yが二回にわたっての詐欺罪と原告妻Xおよびその子女の扶養がXの労働とXの父よりの援助によるということが、婚姻継続に重大な支障となり、同5号に該当するものとして、Xの離婚請求が認められたのである。(4)第三者の妨害による破綻というのは、配偶当事者の一方と他方およびその両親またはその親族の者の介在によって生ずる場合があげられる。第三者の妨害による破綻の事例としては、昭和27年6月23日(昭和26年(タ)21号)の高知地方裁判所の判決がある<sup>(10)</sup>。その事実は、つぎのごとくである。原告妻Xは家父長制農家の長男である被告夫Yのもとに嫁いだのであるが、Yは腰を強打して不具者となったので、たださえ口喧しい家父Zは一層と不機嫌となってXに辛くあたり、YもZに同調するので、Xが実家に逃げ帰った後はXの家とYの家とが対立反目するにいたった。Xの離婚請求が、同5号に該当するものとして認められたのである。

- (1) 婚姻の一夫一婦制について、青山道夫教授は、つぎのようにいっておられるが、賛意を表すところである。それは「私はピューリタニズムの性倫理がそのまま今日われわれの社会において支持されるとは思わないが、正しき一夫一婦制の倫理は今日でも必要であると思う。人間を平等な人格的主体性とするかぎり、この『人格主体性の原理の下において可能な性的結合は、ただ一つ、一夫一婦制的婚姻だけである』(カント) といつてよい。エンゲルスは一夫一婦の基礎として『性愛』“Geschlechtsliebe”をあげ、『性愛に基づく婚姻はその性質上単婚である』といっているが、エンゲルスのような唯物論者がこのようなエトスを認めていることは注目されねばならぬ。……今日におけるわれわれの性の倫理はもとより性を肯定する。しかし何よりも男女平等の正しい一夫一婦制の実現を目的として考えねばならない。そして、法は一方においてこのような倫理を支持する責任をもつとともに——もちろんその限界はあろうが——これをさらに発展させる任務をもつのである」である(青山道夫「続近代家族法の研究」195頁)。
- (2) 拙稿「夫婦の協力・扶助の義務について」滋賀大学学芸学部紀要11号62—63頁参照。
- (3) 拙稿前掲論文59—60頁参照。
- (4) 中川前掲書301頁。
- (5) 民法判例総覧(親族篇)上巻342頁。
- (6) 最高民集16巻2号206頁。
- (7) それは、妻が戦後の新興宗教に改宗し、それが夫より離婚調停の申立をなすにいたったというのである(村崎満「結婚・離婚・扶養の法律知識」138頁参照)。
- (8) 下裁民集3巻8号1158頁。
- (9) 下裁民集3巻11号1580頁。
- (10) 下裁民集3巻6号879頁。

### Ⅲ 外国法における破綻主義の概要

裁判離婚における破綻主義は、外国法において如何に採りあげられているか。ここでは、その概要に触れてみよう。外国法を、大陸法としてドイツ法・フランス法・スイス法に、そして英米法としてイギリス法、アメリカ法に限定することとする。

#### 1. ドイツ法

西ドイツにおいては、1946年の婚姻法において、裁判離婚原因に有責主義と破綻主義が併用されている。したがって、破綻主義といえる離婚原因をあげると、<sup>(1)</sup>姦通(西ドイツ婚姻法42

条), (2)重大な婚姻上の過誤・不名誉もしくは非倫理的行為による, 婚姻共同生活関係の回復を期待しえない深刻な破壊(同43条), (3)精神障害に基く行為のために, 婚姻共同生活関係の回復を期待しえない根底からの破壊(同44条), (4)精神病による, 婚姻共同生活関係の回復を期待しえない廃棄(同45条), (5)重症の伝染病または嫌悪すべき疾患により, その治癒または伝染の危険の除去につき, 見通しうべき期間内に期待されえない場合(同46条), (6)三年來の家庭の共同関係廃止による, 婚姻共同生活関係の回復を期待しえない徹底的不治的破綻(同48条)であるといえる。

これに対して, 東ドイツにおいては1955年の「婚姻締結および婚姻解消に関する命令」によって, 離婚原因については包括的な規定のみが定められている。そして, 同命令8条には, 重大な離婚のための理由があり, かつ婚姻が両配偶者, 子供および社会にとってその意義を失ったことを, 裁判所が仔細な検討によって確認した場合にのみ離婚が認められるのである。<sup>(2)</sup>

したがって, ドイツ法においては, いまだ完全な破綻主義を採っているとはいえないことになる。

## 2. フランス法

フランスにおいては, 1945年の婚姻法において, 裁判離婚には制裁離婚と救済離婚の中間性を採っているのであるが, そこには厳しい有責主義が貫いている。1945年以來の民法典改正委員会(Commission de Réforme du Code Civil)によって, 終局的に認められた離婚原因について, 現行法はほとんどこれと変りがない。しかし, そこには制裁離婚というものが残置されているのである。1941年に新232条によって, 暴行・虐待・侮辱が婚姻から生ずる義務および債務の重大なもしくは繰返される違反を構成し, かつ婚姻関係の維持を堪え難いものにする場合, 離婚請求が許されることにしたが,<sup>(3)</sup> 同委員会の1953年12月に発表した予備草案(Avant-projet de Code Civil)によれば, 328条1項に離婚原因が列挙され, その2項に「これらの事実が, 共同生活を継続することを

堪え難からしめることが立証された場合にのみ, 離婚を宣言することができる」となっているのである。<sup>(4)</sup>

したがって, フランス法においては, 破綻主義は不徹底なものであるとしかいえない。

## 3. スイス法

スイスにおいては, 1907年の民法において, 裁判離婚原因は特定離婚原因と一般的離婚原因からなっている。一般的離婚原因というのは, 婚姻の深刻な破綻の生じた場合に限られる。同法142条によって, 婚姻共同生活の継続を強制することが困難な程度に破綻しているとき, 配偶当事者は離婚の訴を提起することができる。ここに, 一般的離婚原因が, 破綻主義に立っていることを明らかにしている。また, 特定離婚原因のなかにおいても, 破綻主義に該当するものをあげると, (1)相手を殺そうとした行為・虐待・名誉毀損(同138条), (2)不名誉犯・不品行(同139条), (3)精神病(同141条)が婚姻の継続を期待しえない場合において, 離婚が認められるのである。したがって, たとえば, TuorやBardeなどは, 離婚原因に特定離婚原因をおかずして, すべてを一般的離婚原因と同視すべきものであるという見解を持しているのである。<sup>(5)</sup>

スイス法の破綻主義は, もとより婚姻共同生活の利益と個人の利益を調和させるためのものであるが, 破綻した婚姻共同生活を強制的に継続せしめて個人の人格を侵害することなく, 破綻の場合に離婚を認めるものであるといえる。<sup>(6)</sup> これがために, スイス法においては, 離婚について配偶当事者の一方の恣意的な離婚請求を排するとともに, 離婚原因に対して無責であっても離婚が認められることになる。ここに, 有責主義からの解放ということが, 窺知されるのである。婚姻破綻については, つぎのことが考えられる。婚姻継続の意思が喪失していて, 主観的にも客観的にも婚姻共同生活が破壊されていること, またその破綻が継続的であり復元しえない状態にて, 婚姻継続を強制しえないことである。婚姻継続を強制しえない程度の破綻に対して, 配偶当事者は離婚の訴を提起することができるが(同142条1項), それに対する主な責任

をもつ者は、提訴しえないことである（同条2項）。

したがって、スイス法の破綻主義については、有責配偶者に訴訟権が与えられていないところに、問題が残されていることになる。スイスの有力な学説は、この有責性について配偶当事者の意思を尊重し、婚姻破綻が裁判官によって確信されるとき、離婚を認めてよいとするものである。<sup>(7)</sup>

#### 4. イギリス法

イギリスにおいては、1950年の婚姻訴訟事件法において、1938年の裁判離婚原因をそのまま維持している。<sup>(8)</sup>そして、裁判離婚の認められる理由というものは、無責配偶者に対する保護・救済ということである。現行法の離婚原因は、いまだ有責主義に基づいているのであるが、例外として精神病離婚を認めている。<sup>(9)</sup>離婚法について、1952年以来「婚姻および離婚調査王立委員会」(Royal Commission on Marriage and Divorce)が審議を重ね、1956年に国会へその「報告書」(Report)を提出しているが、それによれば、離婚法に有責主義を維持すべしとする立場に立っている。そこに採りあげられている「夫婦の一方あるいは双方が別れることを欲する程度にまで夫婦関係が弱体化された婚姻」の問題、すなわち「破綻された家庭」(broken homes)の問題に対しては、離婚法改正案提案者である Eirene White 夫人は、離婚を認めるべきであると主張している。<sup>(10)</sup>この提案なるものは、イギリス法における有責主義の頹勢にあることを提示するものというべきであろう。

#### 5. アメリカ法

アメリカにおいても、同じく裁判離婚原因には、有責主義が支配しているのである。しかし、離婚を認めることにつき厳しい態度を採っているアメリカ法においても、配偶当事者の性格不一致に離婚原因を認めようとする傾向が、強まってきているのである。<sup>(11)</sup>こうした立場を採っている者としては、たとえば G. A. Bartlet があげられる。<sup>(12)</sup>そして、すでに性格不一致を離婚原因としている州に、ヴァージニア・ニューメキシコ・アラスカの三州が存在しているので

ある。

- (1) 姦通は、これまで有責主義のもとにあっては、絶対的離婚原因となっていたのであるが、1955年9月24日の西ドイツ連邦裁判所 (Bundesgerichtshof) の判決 (Ehe und Familie, 1956, Heft I, S. 19) は、有責配偶者の離婚請求に対し、無責配偶者の異議を原則的に参酌すべきものとしている。これは、姦通を相対的離婚原因としたものであり、ここに破綻主義が採りあげられているものといえる。
- (2) 山田晟「ドイツ婚姻法」新比較婚姻法Ⅲ951頁参照。
- (3) 宮崎孝治郎「フランス婚姻法」新比較婚姻法Ⅲ784頁参照。
- (4) 野田良之「婚姻に関するフランス民法典改正草案の翻訳」ジュリスト138号昭和32年11頁以下参照。
- (5) Tuor, Schweizerisches ZGS S. 139; Barde, La Procès en Divorce, ZSR S. 481 a.
- (6) Eggar, Zum heutigen Stand des Ehescheidungsrechts, ZSR 73, S. 86.
- (7) Eggar, Kommentar zum Familienrecht, 2 Aufl. 1936, Art. 142 N. 15.
- (8) Eversley, Domestic Relations, 1951, p. 274参照。
- (9) 明山和夫「英国離婚法における有責主義の頹勢」法と政治5巻2号166頁以下参照。
- (10) 青山道夫「イギリスにおける離婚法改正の動向」法政22巻1号79—83頁および89頁参照。
- (11) John Sir Jamaki, The American Family in the Twentieth Century, 1953. 井上勇訳「アメリカの家庭」295頁参照。
- (12) G. A. Bartlet 著寺井芳隆訳「結婚は必要か」207頁参照。

### Ⅳ わが国における破綻主義論

民法770条1項5号によって、わが国の離婚法が、破綻主義に基づいていることは、すでに明らかである。しかし、破綻主義であるといっても、それは積極的破綻主義であるのか、それとも消極的破綻主義であるのか、そこに問題が存する。積極的破綻主義とは、いやしくも完全な客観的な婚姻破綻が存するかぎり、配偶当事者にその有責性・無責性にかかわらず離婚を認めることである。これに反して、消極的破綻主義とは、完全な客観的な婚姻破綻が存する場合においても、そこに何らかの制約あるいは限界をおいて、当事者にただちに離婚を認めないこ



とである。高橋教授は、積極的破綻主義を妥当なりとする見解を持しておられ、離婚請求のなされる場合として、(1)無責配偶者から有責配偶者に対してなされた場合、(2)軽微な責を負う配偶者から重い責を負う配偶者になされた場合、(3)無責配偶者から無責配偶者になされた場合、(4)有責配偶者から有責配偶者になされた場合、(5)重い責を負う配偶者から軽微な責を負う配偶者になされた場合、(6)有責配偶者から無責配偶者になされた場合を採りあげ、積極的破綻主義が問題になりうるのは、これらのうちの(5)(6)の場合<sup>(1)</sup>であるとしておられる。

さて、裁判離婚がすでに制裁離婚から救済離婚へと発展している現時点において、破綻主義が、積極的破綻主義であるかあるいは消極的破綻主義であるかを、決すべきものであるといわなければならない。消極的破綻主義というのは、有責配偶者からの離婚請求に対し、いまだ有責主義をもって論じようとするものであるといえる。破綻主義が、婚姻破綻への救済として離婚形態を採るものであるかぎりにおいては、当然それに先行すべきものは、完全な客観的な婚姻破綻という厳然とした事実であらねばならない。しかるに、婚姻破綻をもたらせた原因についてのみ、有責主義が存在理由をもつものと解することは、いまだ制裁離婚の旧域を脱していないものといわなければならない。完全な客観的な婚姻破綻の事実についてのみ、これを如何にして妥当に救済すべきかを考慮すべきものである。私は、そこに破綻主義の存在理由が求められるものである、と解するのである。そして、このことは、また消極的破綻主義から積極的破綻主義への発展理由となるものといえる。高橋教授のあげられた離婚請求のうち、(1)無責配偶者から有責配偶者に対してなされた場合においては、当然に積極的破綻主義によるべきことになる。 (2)軽微な責を負う配偶者から重い責を負う配偶者になされた場合においては、配偶当事者のいずれにおいても有責性は拒みえない。ただ、そこには有責性に軽重の差があるのみである。負うべき軽い責をもつ当事者に対し、有責主義をもって判定すべきものではなく、

もとより(1)に準ずるものとして、また積極的破綻主義によって処理すべきもの、と私には考えられるのである。(3)無責配偶者から無責配偶者になされた場合においては、積極的破綻主義によってこそ、一層適正をうるものであるといえよう。そして、(4)有責配偶者から有責配偶者になされた場合においては、もはや有責性に対して何らの配慮を必要とするものでないことは、もとより明らかであろう。したがって、この場合においても、積極的破綻主義によるべきことになる。これに反して、(5)重い責を負う配偶者から軽微な責を負う配偶者になされた場合、および(6)有責配偶者から無責配偶者になされた場合においては、明らかに有責配偶者の離婚請求ということになる。そして、この有責配偶者の離婚請求において、その有責性に対し離婚を認めないとする見解には、私は否定的な立場に立つ。それは、離婚を認めない立場に立つ有責主義、したがって消極的破綻主義に比し、有責者の離婚請求においても離婚を認める積極的破綻主義に、より大きい妥当性と価値性を見出しうるものであるという見解を、私は持するからである。そして、またこの積極的破綻主義において、救済離婚の存在理由が求められるものといえる。わが国において、有責配偶者の離婚請求に対し、いまだ離婚を認めるにつき躊躇している裁判所の現状は、明らかに消極的破綻主義の立場に立っているものと断言しうる。ここに、破綻主義に対して、判例・学説に諸見解が横わっているのである。それでは、有責配偶者の離婚請求に限定して、いくつかの判例をあげその立場を明らかにし、また学説における諸説に触れてみよう。

## 1. 判例について

有責配偶者の離婚請求に対する裁判所の判例を、(1)重い責を負う配偶者から軽微な責を負う配偶者になされた場合と、(2)有責配偶者から無責配偶者になされた場合とに分け、そしてそのいずれにおいても、さらに(a)相手方配偶者に離婚意思の存しない場合と、(b)相手方配偶者に離婚意思の存する場合とに分けることにする。

(1)の(a)として、重い責を負う配偶者から軽微



な責を負う配偶者になされた場合において、相手方配偶者に離婚意思の存しない場合の事例として、昭和35年5月31日（昭和32年（タ）30号）<sup>(2)</sup>の東京地方裁判所の判決がある。その事實は、つぎのごとくである。原告夫Xと被告妻Yとは昭和21年1月頃から知り合い情交関係を結んだが、Yには先夫がありかつXとは11歳も年長者である。復員してきた先夫と離婚し、Xの求婚によってYは挙式同棲した。XYは不自然な婚姻であり、両親の同意がえられなかったので、Yの強い要求によって昭和25年5月に婚姻届を終えた。Yは勝気な性格であり年長でしかも再婚であったため、その日常生活においては、Xに対してむしろ指導的であり、みずから家事の処理にあたるという姉さん女房である。これに反して、内気な性格のXにとって、Yの行動・態度は一種の圧迫感となり、婚姻届出の頃から、Yとの家庭生活を嫌悪するようになり、訴外の女Zと昭和27年から情交関係を結び一子を懐胎させた。Xは、その特有財産である居宅と家具物品類を全部Yに贈与することを条件として、Yとの離婚請求にいたったのである。YはXの所有財産をみずからの名義とし、Xの勤務先において虚実とりまぜ悪口をいいふらし、Xをして退社を余儀なくさせ、またXの居宅附近において大声にて聞くに堪えない雑言をわめくため、Xは数回転居したのである。これに対して東京地方裁判所は「以上認定の事実を徴するときは、被告はなお原告との婚姻の継続を希望しているが、原告は昭和27年10月以降佐藤文子及び同女との間に儲けた真也子と起居を共にし居り、同女等に対する愛情を深め、被告との婚姻を解消しようとして居り而も前段認定のような双方の性格不一致と相まちはや将来双方の円満な結合は期待し得ない状態に在るものと認められる。（原文改行）然し、原被告の婚姻が以上の状態に立ち到った決定的要因は、原告が妻たる被告を差し置いて他に情婦を持ち之と同棲するに至ったからであり、……原告は有責であり、勝手、ふしだらであると謂うべく、本訴請求は到底是認することはできない。……又被告が右のようにいやがらせ等をしたことは、固よ

り誉むべき事ではないが、原告の不貞勝手な行為によって誘発された結果であることは明らかであり而も一般的に観てなお恕すべき行為と解し得るから、右事実を以てしても前記結論には何等影響なしというべきである。よって原告の本訴請求は理由がない」<sup>(3)</sup>と判示している。このことは、東京地方裁判所が消極的破綻主義に立っていることを提示するものである。(1)の(b)として、重い責を負う配偶者から軽微な責を負う配偶者になされた場合において、相手方配偶者に離婚意思の存する場合の事例として、昭和29年4月28日（昭和25年（タ）34号）の大阪地方裁判所の判決がある。<sup>(4)</sup>その事實は、つぎのごとくである。原告妻Xは被告夫Yとの大正12、3年以來の妾関係において、一子Zを分娩したが、昭和20年Zの応召に際し、Y家の長男として出征させようとする親心から、XはYと同年2月婚姻届を終え同棲生活を続けた。しかし、Yはその後においても訴外の女らと妾関係を結びそれらの者との情交関係を疑わしめるような行状のため、Xの嫉妬と猜疑により家庭内に風波が高まるのみであった。ある機会にZとYの口論となり、YはXと別居するにいたった。XはYの不貞を理由として本訴をなしたが、みずから婚姻破綻を導きながらYは、婚姻を継続し難い重大な事由に該当する現状として、反訴原告として離婚請求に及んだのである。この反訴に対し、大阪地方裁判所は「被告が反訴で主張する離婚原因について考えると、以上認定の諸事情からみれば、原被告が不和になり遂に別居生活するに至った本来の原因は、主として被告の不貞な行為から発したことは疑のないところであり、また、原告等において種々手段を講じて被告に対し抗争することもその原因が右原告の不貞行為にあった以上また或程度迄やむをえないところである。なるほど、原告の被告に対する態度には、いささかしつこすぎるところがあったという感じを免れないかも知れない。しかし、ここまで両者の対立が深まった以上正常な夫婦生活を続けてゆくのは困難だとも考えられるが、それも被告さえその気になって妾関係を清算し、妻以外の女との交渉をつつしめば、原

告の態度もおのずからあらたまる性質のものであると考えられ、被告がその努力をすることは、義務として法律の期待するところである。そうすると夫婦生活に破綻を来した結局の原因が被告の行為にあり、その破綻をもとにかえす力と義務のある被告として、その破綻を理由に離婚を請求することはできないといわねばならない。従って被告から原告に対し離婚をもとめる反訴請求は理由がない<sup>(5)</sup>と判示している。このことは、大阪地方裁判所が消極的破綻主義に立っていることを提示するものである。つぎに、(2)の(a)として、有責配偶者から無責配偶者になされた場合において、相手方配偶者に離婚意思の存しない場合の事例として、昭和29年11月5日(昭和29年(オ)116号)の最高裁判所の判決<sup>(6)</sup>がある。その事實は、つぎのごとくである。原告・控訴人・上告人夫Xは被告・被控訴人・被上告人妻Yと昭和14年11月挙式して事実上の夫婦生活を営み、昭和15年8月婚姻届を終え、同年9月長女Aをえたが、同年10月応召して4年間の空白時代を経た。昭和20年11月頃Xは復員して以来Yの実家において同居生活を続けた。昭和21年3月頃Yに対する不満によって、XはYのもとを去る。昭和26年頃からXは訴外の女Zと同棲して、Yをかえりみない。そして、XはYとの離婚請求に及んだのである。もともと、Yは昭和23年Xと同居の審判を求めそれが認められたが、Xはそれに従わなかった。昭和24年には扶養料ならびに教育費請求の調停が成立したのである。第1審の岡山地方裁判所においてはXの離婚請求が棄却され、第2審の広島高等裁判所においてもやはりXの離婚請求が棄却されている。これに対して、最高裁判所は「原判決の認定した事実によれば、本件当事者は昭和15年8月婚姻をした夫婦であるところ、上告人は昭和21年三月頃被上告人を嫌ってそのもとを立ち去り、爾後引き続き別居して同居を肯ぜず、その間昭和26年1月頃には富田静江と事実上の婚姻をなし、現にこれと同棲しているのであり、一方被上告人には、多少の欠陥はあっても取り立てていう程のものではなく、同人はひたすら上告人の復帰を期待して貞

節を守っているというのであるから、仮に所論の如く本件当事者間の婚姻関係の継続が事実上困難になっているとしても、そのようになったのは、もっぱら上告人の行為に起因しているといわなければならない。かくの如く、民法770条1項5号にかかげる事由が、配偶者の一方のみの行為によって惹起されたものと認めるのが相当である場合には、その者は相手方配偶者の意思に反して同号により離婚を求めることはできないものというべきであるから、論旨はこれ<sup>(7)</sup>を採用することができない」と判示している。このことは、最高裁判所が消極的破綻主義に立っていることを提示するものである。(2)の(b)として、有責配偶者から無責配偶者になされた場合において、相手方配偶者に離婚意思の存する場合の事例として、昭和31年10月26日(昭和30年(タ)11号)の新潟地方裁判所の判決<sup>(8)</sup>がある。その事實は、つぎのごとくである。原告夫Xと被告妻Yは、昭和28年3月に挙式し同年5月に妊娠した。X方にはその母のほかには先妻の子もあり、またXの妹も同居していた。Yにとって複雑な家庭であるが、XのYに対する態度としては、たとえば婚姻当初から夜遊びに耽り、不馴れなYに家業を親切に指導しなかった。Yを一生の妻としてこれを愛し導くという真の愛情に欠け、Yをしてその将来を託しえない状態においていた。Yは離婚するといって実家に帰り、Xの帰来要求に応じなかった。XはYとの協議離婚に対してYが届出に承諾しなかったため、離婚の本訴に及んだ。Xは、昭和31年1月後妻として訴外の女Zを迎え入れて、現在Zと同棲しているのである。しかし、YにしてもXに対し、勝気な性格から必ずしも従順を欠く嫌いがなくてもなく、円満な家庭を築くことに対する熱意ないし努力は、必ずしも充分ではないといわれるのである。これに対し、新潟地方裁判所は「原、被告間の愛情の違和が原因となり、これが大変に大きな感情のもつれを醸成し、相互間の感情が全く冷え切ったものとなっていることは、本件において双方より離婚の請求をしている事実からも明らかであり、更に原告が他の女と事実上の婚姻生活に入っている現在、原

被告間の関係は最早覆水盆に返らずの喩通りの事情にあることは察するに難くないところであって、婚姻を継続し難い事由があるというべきものの如く考えられるけれども、前述の通り、右違和の根本原因において原告がその責を負うべき本件にあっては、原告からの離婚請求は、これを容認するわけにはいかない」と判示した。これと同時に、被告からの反訴請求に対しては「前述の通り、原、被告が最早婚姻を継続し難い状態に在り、而も双方の感情の離反の根本において原告がその責を負うべきものである以上、……反訴請求は理由がある」と判示して、これを認めている。ここに、新潟地方裁判所は、本訴に対し消極的破綻主義に立っているが、反訴に対しては積極的破綻主義に立っていることを提示するものである。したがって、判例は、最高裁判所においてもまた下級裁判所においても、消極的破綻主義の立場を固持しているのであるが、配偶当事者の双方から離婚請求がありかつ双方離婚意思の存する場合においては、たとえ有責配偶者の離婚請求に対しても、さきに本稿Ⅰ序において例示した昭和35年4月2日の長野地方裁判所の判決における本訴および反訴に、また(2)の(b)の判例のように反訴に、積極的破綻主義の一面を窺知させているのである。要するに、判例はもとよりいまだ積極的破綻主義に対し、否定的な立場に立っているものである、といわなければならない。判例が、消極的破綻主義の立場に立つ理由としては、有責配偶者の離婚権の濫用でありまたはその背倫性であることが窺知されるといえる。

## 2. 学説について

有責配偶者の離婚請求に対する学者の見解は、そのほとんどすべてが、最高裁判所の判例に対しての判例批判の形において、提示されているのである。それでは、その学説に触れよう。

まず、消極的破綻主義に立つ学説として、(1)婚姻の本旨ないし婚姻倫理に求める学者に、我妻名譽教授がある。(2)比較法的考察から、離婚の背倫性による学者に、谷口知平教授がある。(3)民法770条1項5号は、「自己に不貞な行為が

あったとき」を排除するものという解釈論による学者に、沼正也教授がある。(4)最も自由な破綻主義にも内在する最少限度の限界があるとして、有責配偶者の恣意的な離婚請求を禁ずる学者に、尾高都茂子助教授がある。(5)客観的・理論的な破綻主義離婚法に加えられた、道義感的なまた実際上の打算的な制約とする学者に、中川学長がある。(6)婚姻義務懈怠に対する離婚請求の拒否というサンクションを与え、公共の利益を主張する学者に、島津一郎教授がある。(7)いわゆるクリーン・ハンドの原則または公平の原則による学者に、田中実教授がある。(8)民法1条における私権行使の原則に基く、信義誠実に反する権利濫用とする学者に、太田武男教授がある。(9)女性の保護という立場に立って、女性を追出し離婚から救わんとする学者に、西川達雄教授がある。消極的破綻主義に立つ学説は、多数説でありいわば通説的な見解であるといえる。そして、これに対して、積極的破綻主義に立つ学説はいまだ少数説にすぎないのである。

つぎに、積極的破綻主義に立つ学説として、(1)破綻主義の貫徹に倫理性を認める学者に、高梨公之教授がある。(2)婚姻破綻の事実の権利評価を唱える学者に、中川淳教授がある。(3)婚姻意思喪失の配偶当事者に婚姻継続を強制することは、背倫性であるのみではなく、その婚姻維持に国家的利益の存しないものと解する学者に、大川正夫教授がある。(4)婚姻破綻の事実の申立を認めることが、法の内在的正義の求めるところであると唱える学者に、高橋教授がある。同教授は「婚姻破綻が存在するか、あるいは婚姻継続の期待可能性のない夫婦に対し、何れが有責無責であるかを判断しても、婚姻を回復継続させ得るものではない。このような婚姻関係を存続させることは、かえって夫婦間の相剋を増大し、姦通等の不道徳を行わせ、愛情ある子の育成もかなわず、種々の点で弊害も少なくないであろう。……破綻の事実を確認して、法と事実を一致させるために、有責者たると無責者たるとにかかわらず破綻の事実の申立を認めることは、法の内在的正義の求めるところである」

といっておられる。なお、婚姻を継続し難い事由について、アメリカ法に示唆をえて、それを客観的な和解不能として、離婚を認めるべきものとする<sup>(27)</sup>学者もある。

- (1) 高橋前掲論文124頁参照。
- (2) 判例時報230号22頁。
- (3) 太田前掲書111—114頁参照。
- (4) 下裁民集5巻4号96頁。
- (5) 太田前掲書117—118頁。
- (6) 最高民集8巻11号2024頁。
- (7) 太田前掲書107—108頁参照。
- (8) 下裁民集(不法)1号557頁。
- (9) 太田前掲書117頁参照。
- (10) 註(9)と同じ。
- (11) さらに、このことを明らかにするものとして判例をあげると、たとえば昭和27年2月19日(昭和24年(オ)187号)の最高裁判所の判決(最高民集6巻2号111頁)、また昭和26年4月30日(昭和24年(タ)22号)の神戸地方裁判所の判決(下裁民集2巻4号129頁)である。
- (12) 中川淳「離婚請求権の濫用」権利の濫用下40—41頁参照。青山道夫「身分法における権利濫用」法律時報30巻10号28頁。
- (13) このことは、昭和29年12月14日(昭和27年(オ)196号)の最高裁判所の判決(最高民集8巻12号2145頁)に求められる。最高裁判所は「原告の認定した処によると原告は何等相当の事情もないに拘らず、他に情婦を持ち妻たる被告を遺棄して情婦と同棲し、これにより夫婦生活の破綻を生じたのであって、右破綻は一つに原告の右背徳行為に基因するものである。民法第770条第1項第5号は相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながら、そのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘わらず、右法条により離婚を強制するが如きことは、吾人の道徳観念の到底許さない処であって、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない。されば、原判決も結局右と同趣旨に出たものであって、正当であり論旨は理由なきに帰する」と判示していることによって、窺知される(太田前掲書110頁)。
- (14) 我妻名誉教授は「また、みずから婚姻を破綻させ、それを理由に離婚を請求しうるとなすことは、夫からの追い出し離婚を認める結果となり易いことは明らかである。そして、かような現実を支えられながら、国民の倫理観念がこれを反撥することも、無視することはできない。一般的破綻主義は、現実を無視し、倫理観念に抗してまでも強制されるべきものではあるまい。多数説とともに判例を支持

する」といっておられる(我妻前掲書176頁)。

- (15) 谷口教授は「破綻による離婚を認める根拠は、各国の政治的立場により色々と異なるけれど他女との恋愛同棲が原因で婚姻の破綻を来した夫が請求した離婚については、之を許さないことが注目せらるべく、最高裁の見解もこの線に沿うものといえよう。けれども、民主主義の立場で離婚法を解釈するときは、男女の自由な真に正しい愛情により成立した婚姻並にそれに基く家族の維持と助成、然らざるものの破壊を基調とすべきであって、最高裁判決もこの立場で判示されているものであり、一見個人の恋愛の自由を拘束する如く見えるけれども、責任を伴う真の自由の正しい恋愛の保護を期する立場を宣言するものであると解して賛意を表したいと思う」といっておられる(谷口知平「愛情喪失・長期同棲廃止と離婚」昭和27・2・19最高裁判決の比較法的地位」民商法雑誌28巻5号13頁)。
- (16) 沼正也「夫が情婦を持ったため妻との婚姻関係継続が困難となった場合それだけで夫の側から民法第770条第1項第5号による裁判離婚を請求し得るか」法学新報61巻8号669頁。
- (17) 尾高都茂子「民法第770条第1項第5号の『婚姻を継続し難い重大な事由があるとき』にあたらな一事例」法学協会雑誌72巻3号102—103頁。
- (18) 中川前掲書305—306頁。なお、中川学長は「素朴に破綻主義をとると、有責無責は問題とはならない。人の感情は法の力でどうにもならないことだから……法の出来ることはただ終生の愛情を信じた当事者の蒙る不利益——その悲嘆までには及ばない——に対し、裏切った当事者に対し、その不利益の補填を命ずることだけである。それは第二の問題だ。十分に補填のできないのが今日の実際だとしたらひるがえって有責配偶者に対して破綻主義の援用そのものを制限する便法にでるよりほかはないということになる」といっておられる(中川善之助「有責配偶者と破綻主義」別刷ジュリスト判例百選第2版1966年Mar. 83頁参照)。
- (19) 中川善之助=島津一郎「離婚原因」総合判例研究叢書民法(3)7頁。
- (20) 田中実「親族法・相続法」68頁。
- (21) 太田前掲論文248—249頁参照。
- (22) 西川達雄「民法第770条第1項第5号にあたらな一事例」法学2巻1号128頁。
- (23) 高梨公之教授は「破綻主義を貫くかぎりそれは破綻したものを破綻したものと認め、そう認めることのうちに個人の尊厳と幸福とがよりよく実現されると考える立場を採るのであるから、単に事実を事実と認めて貫く離婚判決を請求することは、それが有責者によって試みられようと無責者によって行われようと、同様にそれ自体正当であり、倫理的で

ある」といっておられる（高梨公之「日本婚姻法論」250頁）。

- (24) 中川淳教授は「離婚法において、婚姻関係の破綻の事実、事実先行の性格をになう身分法においては、とうぜん評価がなされてしかるべきであるといえることができる。身分法関係の発生および消滅にさいして、身分的事実のまゝに、法規がきわめて無力であり、法規のみとめたくない事実でも、これをいつか認めざるを得ないようになるのは、身分法における特色であるとされている。……一般的にいて、婚姻関係の客観的な破綻があると認定されれば、その事実、身分法における事実先行の性格からとうぜん法的評価の対象となり得てしかるべく、事実を権利にまで引きあげることができるものと考えてよいのではなかろうか。このかぎりにおいて、権利の濫用の法理・信義誠実の原則が後退するということは、なりたつものと思われる」といっておられる（中川淳前掲論文47頁）。さらに、同教授は離婚法の史的発展という立場から「さらに、離婚の根拠は、近代法において、破綻主義の思想によって支えられているということを歴史的に知ることができる。したがって、有責配偶者の離婚請求の拒否は、離婚法の進化に逆行するものというべきである」といわれ（同48頁）、また国家的利益という観点から「『内面的にも、外面的にも、すでに破壊してしまった婚姻を維持することは、国家の任務であろうか』といわれるように、国家が婚姻生活の目的をたつすることができないまでに破綻してしまった婚姻を維持することに、どれだけの国家的利益があるであろうか、ということにある」といっておられる（同50頁）。

- (25) 大川正人「破綻主義と有責配偶者の離婚請求」阪大法学5号76—104頁参照。

- (26) 高橋前掲論文136頁。

- (27) 田村精一「有責配偶者の離婚請求についての試論」大阪市大法学雑誌4巻3・4合併号247頁以下参照。

## V むすび

消極的破綻主義が、有責配偶者の離婚請求を認めない理由とすべきものは、さきにあげた判例および学説を通して、離婚権の濫用または背倫性にあると要約されるといってよい。

しかし、ここに離婚権の濫用または背倫性ということは、果して妥当であるといえるだろうか。婚姻共同生活なるものにおいては、もとより、さきにあげた「個人の尊厳と両性の本質的

平等」という婚姻倫理が保障されていなければならないことを、私は、ここに繰返して強調するのである。もし、消極的破綻主義が、完全な客観的な婚姻破綻に対しても、婚姻復元への可能性がいまだ存する破綻に対すると同じく、婚姻継続を強制するならば、有責配偶者の離婚請求を認めない理由としての離婚権の濫用または背倫性の理論は、成立しないのではないか。そして、配偶当事者の婚姻共同生活には、婚姻倫理が喪失され、ただ破綻したままにその生活が強制的に継続されるのみであって、そこにおのずから好ましくない事態が生起しないともかぎらない。したがって、すでに完全な客観的な婚姻破綻の存するかぎりにおいては、有責配偶者の有責性・無責性にかかわらず、また相手方配偶者の離婚意思の存否を問わず、離婚を認めることが、当事者の婚姻共同生活における婚姻倫理の保障となり、いい換えると離婚権の濫用ではなくして正しい行使また背倫性ではなくして婚姻倫理の当然の顕現となる、といわなければならない。そして、そのことは、同時に近代離婚法が制裁離婚から救済離婚への史的発展を実証するものといえる。したがって、私は、たとえ少数説であるといっても、積極的破綻主義の立場に立つのである。

しかし、ここに注意すべきことは、離婚された配偶者の生活維持ならびに子女の養育という経済問題に対して、これを如何に処理すべきかということが、残されていることである。この問題に対しては、わが民法771条による裁判離婚に準用される768条の財産分与請求権に關聯をもつものである、と私には考えられるのである。たとえば、中川淳教授は、離婚された配偶者の離婚後の保護の慎重性に触れて「原告の過失の問題は、相手方配偶者の離婚後の扶養・慰藉料・子の養育などの問題のなかに溶解してしまう。積極的破綻主義は、このような被害配偶者の保護の制度を前提として、はじめて、可能であろう」といっておられるが、私はこの見解に賛意を表する。また、Rheinstein教授の質問——すでに形式的な婚姻になっているのに、何故夫が離婚の訴を起す必要があるのか、また妻

の側において何故にそれに同意しないのかということ——に対して、川島武宣教授は「妻が反対する理由の第一は、離婚になると妻が経済的に非常に困る場合が多く、婚姻を継続して事実上少しでも金を払わせたいということがある。日本の男性は、婚姻のきずながあることだけで金を払うことが多い。それは、アリモニーのないこととも関連するのではないかと思います、ただ形式上婚姻しているということだけによって、妻として相当の扶養を受けている実例は相当数あり、ことに夫が社会的地位のある者である場合にそれがしばしばあります<sup>(3)</sup>」と答えておられるが、もとより、私はこれを否定しない。

現行民法においてはいまだ充分な規定は存しないが、私は、離婚された配偶者の生活維持ならびに子女の養育ということは、財産分与請求権ならびに損害賠償請求権<sup>(4)</sup>に含ませるべきものである、と考えるのである。

最後に、ここに付記したいことは、いまだ制度化していないが、婚姻破綻に対し、ただちに裁判離婚により処理すべきものではなくして、私の提唱する裁判別居前置主義<sup>(5)</sup>によって処理すべきである、ということである。

(1) 中川淳前掲論文48頁参照。

(2) 中川淳前掲論文51頁。

(3) 司法研修所「比較離婚法の研究—ラインスタイン教授セミナー記録—」研修叢書第51号105頁。

(4) このことに対し、我妻名誉教授にしてもまた中川

学長にしても、現行法のもとにおいては、消極的破綻主義に立たねばならないとしておられる。我妻名誉教授は「有責者の責任は、損害賠償や扶助の手段によって問うべきである、と。そのいうところは、正に筋が通っている。しかし、財産分与——夫婦共通財産の清算・損害賠償及び扶養をいかに理想に近く実現しても、——一定額の短期間における分割払が最も実現しやすい実情であることに想いいたると——夫婦関係を継続して共通財産の利用と扶助料の請求を認めることには、遙かに及ばない事実を否定しえない」といわれ(我妻栄前掲書176頁)、また「たとい夫婦共同生活の破綻したものの中でも、法律上の婚姻関係を継続させて、扶養の義務(協力扶助義務)を認める方が、離婚を成立させて財産分与請求権を認めるよりは、相手方にとって有利である」ともいっておられる(我妻栄「民法大意」[第二版]下巻595頁)。中川学長は「あらゆる破綻に離婚が与えられるべきであり、離婚によって一方配偶者が困難するという問題は、別に財産分与なり慰藉料なりで救済すべきだということにならなければならない。しかしこの救済方法が十分有効でない場合が実際には少なくない。かかる場合わずかの財産分与もしくは慰藉料で離婚させてしまうより、夫婦関係の実体は回復することがなくても、なお夫婦として扶養を続けさせる方が救済の目的を達することもある。万一の場合には相続権もあることであるから、もし相手配偶者が離婚を欲しないなら、有責配偶者の離婚請求を認容すべきでないということになる」といっておられる(中川前掲書305—306頁)。

(5) 拙稿「裁判別居について」東海女子短期大学紀要第3号15—28頁参照。